

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Les contrats télématiques face au droit communautaire

Poullet, Yves

Published in:

Cahiers Lamy du Droit de l'Informatique

Publication date:

1988

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Poullet, Y 1988, 'Les contrats télématiques face au droit communautaire: première partie : de la notion de service télématique aux contrats informatiques', *Cahiers Lamy du Droit de l'Informatique*, Numéro 19, p. 1-12.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

VI

6114

Lamy droit de l'informatique

Informatique

Télématique

Réseaux

19
88

Octobre 1988

CAHIERS DU DROIT DE L'INFORMATIQUE

Etudes - Commentaires

G

Les contrats télématiques face au droit communautaire

(Première partie : de la notion de service télématique aux contrats télématiques)

par Yves POULLET

Le professeur Yves Poulet analyse dans le présent article les incidences du droit communautaire sur les acteurs, les structures et le contenu des contrats télématiques.

Le sujet nécessite selon son auteur avant que ne soit examinée l'intervention du droit communautaire (deuxième partie), que les notions de télé-informatique, de services télématiques soient définies. Les caractéristiques de ces services, la typologie des différents contrats, leur qualification juridique, pourront ainsi être plus aisément dégagées et déterminées.

Ces différentes questions font l'objet des premiers développements publiés dans ce cahier.

La protection juridique du logiciel en Italie

(à propos de la décision de la Cour de cassation italienne du 6 février 1987)

par Salvatore PASTORE

Par cette décision, la Cour de cassation admet pour la première fois la protection du logiciel par la loi sur le droit d'auteur du 22 avril 1941 (art. 171).

Cette prise de position est l'occasion pour le professeur Salvatore Pastore de nous éclairer complètement sur l'état du droit positif italien sur cette importante question dont l'actualité n'est plus à démontrer.

Elle prend d'autant plus de relief à la lumière des divergences doctrinales et jurisprudentielles existant jusqu'alors et doit par conséquent à ce titre être approuvée.

Les contrats télématiques face au droit communautaire (*)

Première partie : de la notion de service télématique aux contrats télématiques

INTRODUCTION

1. — Qu'il soit clair que le lecteur ne trouvera pas ici une analyse des multiples contrats télématiques. L'objet de l'étude est l'*analyse des incidences* que le droit communautaire pourrait avoir tant sur les *acteurs*, les *structures* que sur le *contenu* des contrats dits télématiques.

Par contrat télématique, nous entendons l'ensemble des structures contractuelles ou associatives qui peuvent être mises en place aux différents stades de la mise sur pied ou de la réalisation d'opérations portant sur un service télématique.

Aborder de telles questions nécessite la *description des opérations*, objets des contrats télématiques, la spécificité de cet objet permettant d'introduire la diversité des questions juridiques pour lesquelles le droit communautaire aura à se prononcer ou à intervenir (Titre I).

L'intervention du droit communautaire (Titre II) se conçoit de multiples manières suivant le principe du traité de Rome envisagé. Tantôt elle aura pour destinataire l'État, envisagé non seulement comme acteur, mais également comme régulateur du marché. Tantôt elle cherchera à modeler la structure de l'offre. Tantôt enfin à protéger l'utilisateur.

A l'heure où la Commission désire affirmer l'existence d'un Marché commun intérieur et en créer les conditions, elle aura à cœur dans un secteur qui, par essence, doit ignorer les frontières, de promouvoir des services télématiques à dimension réellement européenne.

Titre I : De la notion de service télématique aux contrats télématiques

2. — La section I aborde trois points : le premier définit la notion de téléinformatique ; le deuxième, celle de service télématique, le troisième propose une typologie des services télématiques.

Une deuxième section distingue les différents types de contrats permis par les services télématiques et approfondit quelque peu la question de leur qualification juridique.

Une troisième partie aborde les caractéristiques de ces services. Ces caractéristiques déterminent la structure de notre approche contractuelle de ces services, objet du second titre.

Section I : Des notions de base (1)

I. — La téléinformatique

3. — La téléinformatique est l'ensemble des techniques mettant en œuvre à la fois l'informatique et les télécommunications (2) :

– l'informatique, c'est-à-dire l'ensemble des techniques, méthodes et outils permettant le traitement de l'information. Sa caractéristique principale est qu'elle permet de traiter un volume considérable de données à très grande vitesse ;

– les télécommunications, c'est-à-dire l'ensemble des procédures de transmission, d'informations à distance (téléphone, radiodiffusion, télédiffusion).

La téléinformatique permet donc de transmettre à un ordinateur des données à traiter et de recevoir le résultat du traitement sans se déplacer.

4. — L'utilisateur retirera de cette technique notamment les avantages suivants :

– l'annulation des inconvénients de l'éloignement : il n'est pas nécessaire de transporter les bandes magnétiques contenant les données à traiter ;

– la possibilité de l'utiliser pratiquement n'importe où : il suffit de brancher son terminal sur n'importe quelle prise téléphonique dans quelque endroit du monde ;

– l'annulation de l'attente : l'utilisateur reçoit immédiatement le résultat ou la réponse demandés ;

(*) Le présent article est une version augmentée du rapport délivré lors de la conférence CELIM des 2 et 3 avril 1987 et ayant pour titre « Liberté des flux de données et Droit communautaire ». Seule une partie de ce texte est publiée dans les Actes de cette conférence (à paraître aux éditions LITEC).

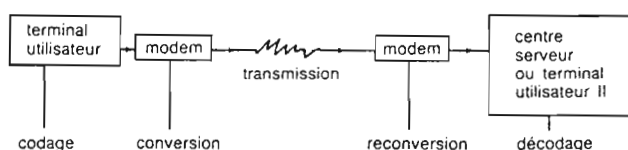
(1) La présentation des notions de base suit celle proposée par Mlle S. Schaff, « La Télématique Professionnelle - Aspects Juridiques », Bruxelles 1987, étude réalisée dans le cadre d'un contrat de recherches conclu par le C.R.I.D. avec les Services de Programmation de la Politique Scientifique (Action nationale de soutien à F.A.S.T.) (à paraître aux éditions Story Scientia).

(2) Pour une introduction à la téléinformatique, nous conseillons aux lecteurs les ouvrages suivants : M. Pouillet et Ph. Van Bastelaer, « La technique télématique et ses problèmes » in *La Télématique*, Actes du « Colloque organisé à Namur les 5 et 6 décembre 1983 par le Centre de Recherches Informatique et Droit des Facultés Notre-Dame de Namur », *Story Scientia*, Gand (1984), Tome I, p. 5 ; P. Mathelot, « La Télématique », *Presses Universitaires de France*, Paris (1982), p. 5.

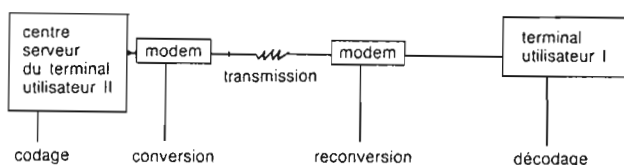
- la possibilité de consulter des grands fichiers, nationaux ou internationaux, donc l'accroissement considérable des facilités d'accès à l'information ;
- enfin, l'extrême diversité de moyens utilisables.

5. — D'un point de vue technique, une opération télématique se déroule en cinq étapes (3) :

- le codage, qui consiste à traduire l'information sous une forme utilisable par l'ordinateur, c'est-à-dire sous une forme binaire ;
- éventuellement, la conversion des données informatiques en signal pouvant circuler sur le réseau de télécommunication. En effet, l'ordinateur et la ligne de transmission n'utilisent pas toujours le même mode de représentation, digital pour le premier, analogique pour la seconde, du moins dans le cas de nos anciens réseaux téléphoniques. Cette conversion est effectuée par un modem ;
- la transmission sur le réseau de télécommunication choisi (câble, ondes, électromagnétiques) ;
- la reconversion du signal en données informatiques ;
- le décodage par l'ordinateur d'arrivée, centre serveur ou simplement terminal d'un autre utilisateur.



Lorsque le traitement est terminé, la même opération se déroule en sens inverse, c'est-à-dire du service informatique ou de l'utilisateur II vers l'utilisateur I, mais naturellement dans le même ordre :



II. — Les services télématiques

6. — La télématique se définit comme l'ensemble des services offerts à l'aide de techniques téléinformatiques. On distingue la télématique professionnelle de la télématique grand public (4).

La télématique grand public est celle que nous utilisons dans le cadre de notre vie privée. Comme elle est destinée à un grand nombre de personnes, n'ayant donc pas toutes les connaissances en

informatique, ces services sont d'un accès facile. Pour pouvoir satisfaire le plus grand nombre, ils sont également rapides et peu coûteux.

Les services télématiques grand public apportent des réponses à des préoccupations quotidiennes. On y trouve des informations d'ordre général (programmes de cinéma, informations administratives, recettes de cuisine, offre d'emploi, indications météorologiques...), des jeux, des cours, la possibilité d'effectuer des achats par correspondance et des transactions financières simples.

7. — Il existe des services diffusés et des services interactifs. Les services diffusés transmettent des informations d'ordre général organisées selon des schémas préétablis. Le rôle de l'utilisateur se limite à sélectionner un canal, puis une page en fonction de l'organisation du service et selon le type d'information souhaité (5). Les services diffusés sont transmis sur le poste de télévision et nécessitent l'acquisition d'un décodeur et d'un sélecteur de canaux. Les types de services proposés sont des informations de toute nature, et par exemple le sous-titrage de films pour les sourds et les malentendants.

Dans le système interactif, l'utilisateur communique avec l'ordinateur, et la gamme de services offerts est beaucoup plus étendue : en plus de la consultation d'informations, il est possible d'effectuer des transactions (achats) ou d'envoyer des messages.

Des services télématiques grand public ont été expérimentés dans de nombreux pays (Prestel en Grande-Bretagne, Viditel aux Pays-Bas, Télidon au Canada, Minitel en France, le Bildschirmtex en Allemagne...) (6). Dans le cadre de ces expériences, les terminaux nécessaires pour y avoir accès ont été mis à la disposition des usagers par l'administration des télécommunications.

Il semble cependant que ces services n'aient pas répondu aux attentes de leurs créateurs, et que ces expériences soient actuellement mises au ralenti au profit de la télématique professionnelle (*cf. infra*).

Parmi les services télématiques grand public fonctionnant actuellement, on peut citer (7) :

- l'annuaire électronique ;
- les services de documentation, offerts par la presse, les banques et établissements financiers, les institutions officielles, les collectivités locales, les entreprises de transport et de tourisme ... ;

(3) M. Pouillet, « La Télématique », Nouvelles Éditions Marabout, Alleur, Paris (1985), p. 23 et 24.

(4) *Idem*, p. 112.

(5) *Idem*, p. 117 et s.

(6) *Idem*, p. 123 et s. ; P. Mathelot, *op. cit.*, p. 110 et 111.

(7) P. Mathelot, *op. cit.*, p. 98 à 109 ; M. Pouillet, *op. cit.*, p. 134 à 137.

G

- les jeux et le téléenseignement ;
- les services de transaction ;
- les services de messagerie.

On parle de télématique professionnelle pour les services utilisés dans le cadre des activités professionnelles.

Les critères de choix pour l'usager professionnel des services professionnels sont différents de ceux du consommateur privé : si leur prix reste un facteur de choix déterminant, les moyens financiers disponibles des entreprises utilisatrices sont plus importants et les services peuvent être plus chers. De plus, comme on s'adresse ici à des professionnels, l'accès au service peut être moins convivial et requérir quelques connaissances informatiques. Les exigences primordiales des utilisateurs professionnels seront surtout la rapidité, la capacité de traiter de gros volumes d'information, et la qualité technique des transmissions (8).

III. — Les services télématiques professionnels

9. — La télématique est utilisée dans trois domaines de l'activité professionnelle : la gestion, la communication et la documentation (9).

A. — Les services télématiques de gestion

10. — Le rôle traditionnel de l'ordinateur dans l'entreprise est de faciliter et d'accélérer les opérations de gestion : comptabilité, gestion des stocks, facturation... L'introduction de la télématique améliore encore ces capacités en donnant accès à des facilités supplémentaires (programmes, ordinateurs) sans qu'il soit nécessaire d'acquérir un équipement informatique additionnel. Elle permet notamment :

- d'accéder à des programmes ou de créer ses propres programmes à partir d'un terminal, sans posséder d'ordinateur ;
- de transmettre par voie télématique des données à un ordinateur, qui se charge de les traiter et retransmet à l'utilisateur le résultat de ce traitement ;
- de transférer des données ou des programmes entre ordinateurs : un utilisateur peut ainsi charger un programme sur la mémoire de son ordinateur, effectuer le traitement souhaité, et renvoyer le programme et les données (pour stockage par exemple) à l'ordinateur central, libérant ainsi son propre équipement pour d'autres fonctions ;

- de partager les tâches : plusieurs ordinateurs sont alors reliés entre eux, de façon à ce que l'un d'eux s'il ne peut effectuer tous les traitements qui lui sont demandés, décharge automatiquement une partie du travail sur un autre ordinateur (10).

B. — Les services télématiques de communication

11. — La communication au sein de l'entreprise et avec l'extérieur (clients, fournisseurs) s'effectue actuellement sous de multiples formes : courrier sous tous ses aspects (notes de service, lettres, rapports...), conversations téléphoniques, conférences... La télématique permet de la faciliter et de l'accélérer.

Par opposition à la télématique de gestion, la télématique de communication s'adresse à des personnes qui ne sont pas des spécialistes en informatique (secrétaires, agents commerciaux, cadres...). Comme en matière de télématique grand public, il est donc nécessaire que le service soit d'un maniement aisé.

12. — Il existe déjà de nombreux services télématiques de communication utilisés quotidiennement dans les entreprises, le télex, le traitement de texte à distance, le télétexte... Trois d'entre eux attirent notre attention par leur nouveauté :

- les services de messagerie électronique permettent aux utilisateurs d'échanger des messages par terminaux. L'utilisateur peut enregistrer dans la mémoire de l'ordinateur un message à destination d'un ou plusieurs utilisateurs, qui le consulteront en appelant le service (11). Ce service peut être réservé à quelques utilisateurs dans le cadre de groupes fermés d'utilisateurs.

Les systèmes conservent généralement les messages transmis pendant plusieurs jours (fonction d'archivage) et permettent de répondre à un appel sans avoir à recomposer les coordonnées de son correspondant (fonction réponse). Mais il existe également des services plus sophistiqués.

La messagerie électronique remplace avantageusement le téléphone (en moyenne 70 % des appels téléphoniques sont en effet inutiles parce que le correspondant est absent ou occupé), le courrier (beaucoup plus lent) et la plupart des déplacements à l'intérieur ou hors de l'entreprise (12).

(8) M. Poulet, *op. cit.*, p. 112.

(9) Pour une distinction plus nuancée, *Les nouveaux services de communication*, Rapport du groupe de travail sur les nouveaux services de communication, Québec, 1983.

(10) C. Tapper, *Bureaux Contracts*, in « *The 1984 Computer Law Symposium*, 21st-22nd of May 1984, London », *Legal Studies and Services Limited*, p. 123 et suiv.

(11) P. Mathelot, *op. cit.*, p. 101-102.

(12) M. Poulet, *op. cit.*, p. 167 ; C.J. Hamelinck, *Transnational Data Flows in the Information Age*, Studentlitteratur A.B., Lund, 1984.

— La télématique permet également différentes possibilités de réunion à distance : la téléconférence, qui consiste en échanges de messages entre deux ou plusieurs participants par l'intermédiaire du service de messagerie électronique ; l'audioconférence, communication sonore entre plusieurs studios d'enregistrement où sont réunis les participants, qui peut être complétée par des dispositifs de communication de documents, télécopie ou téléécriture (*cf. infra*), la visioconférence pour laquelle les studios sont équipés de caméras, ce qui permet la transmission d'images ; enfin, la vidéotransmission, qui met en communication plusieurs centaines de personnes réunies dans des salles équipées d'écrans géants (13).

— Enfin la télématique permet la reproduction de documents à distance, par téléécriture (le texte où les dessins tracés par l'utilisateur s'affichent directement sur son écran et sur celui de son correspondant, ce dispositif peut facilement être utilisé en conjonction avec une communication téléphonique) ou par télécopie, qui permet la reproduction à distance de documents de toutes sortes (écrits, photographies...), au moyen d'un télécopieur (14).

C. — Les services télématiques de documentation

13. — L'accroissement de la masse de documentation existante fait qu'il est souvent impossible, aujourd'hui, pour un particulier ou pour une entreprise, de posséder l'ensemble des documents dont ils auraient besoin. Pour trouver l'information pertinente à un problème particulier, ils peuvent s'abonner à une ou plusieurs banques de données, fichiers informatiques qui regroupent et organisent toute la documentation relative à un domaine déterminé et la mettent par voie télématique à la disposition des utilisateurs sous forme de références, extraits, résumés ou textes intégraux.

Pour se connecter aux banques de données, il suffit de disposer d'un terminal et d'un modem. L'utilisateur souscrit à un abonnement à la (ou aux) banque(s) choisie(s), et reçoit un mot de passe qui lui permet d'accéder au système (*cf. infra*, chapitre III).

La recherche documentaire à l'aide de banques de données est le plus souvent fondée sur le principe de l'indexation des informations, c'est-à-dire que chaque information est caractérisée par des mots clés qui identifient son contenu. L'utilisateur sélectionne dans le thésaurus les mots clés pertinents et les combine de façon à formuler sa question de façon adéquate et à obtenir l'informa-

tion recherchée. Mais il existe également des banques de données, en particulier celles destinées au grand public, qui proposent une structure arborescente. Celle-ci élimine les difficultés liées à l'apprentissage du langage d'interrogation, mais ne permet pas une recherche aussi fine.

A côté des banques de données commercialisées, il faut noter l'existence de *banques de données internes* : fichier du personnel, liste des produits, des commandes... Lorsqu'une entreprise exerce son activité dans plusieurs endroits, elle mettra ces fichiers à la disposition de l'ensemble de son personnel par voie télématique.

La plupart des professions font aujourd'hui usage de toutes les possibilités offertes par la télématique (gestion, communication et documentation). On peut citer entre autres le corps médical, les banques et activités financières, les administrations...

D. — Les services télématiques multifonctions

14. — Il est à noter que les frontières entre les services que nous venons de distinguer sont souvent mal définies : ainsi, dans le domaine universitaire, des services de courrier électronique comme EUNET offrent des services de news en diverses matières, services annexes proches des services informationnels d'accès à des bases de données (15), ainsi à des services informationnels s'ajoutent parfois des services de télétraitement permettant d'appliquer aux informations communiquées, des systèmes experts d'aide à la décision. Enfin, les services de télébanking offerts aux entreprises sont à la fois des services de courrier électronique, de télétraitement et d'accès à des bases de données (16).

15. — La pluralité de fonctions assurées par un même service télématique est plus remarquable encore dans le cadre des réseaux de transferts électroniques de données, créés par des associations d'acteurs ayant des intérêts communs ou complémentaires.

Ainsi, dans de nombreux secteurs professionnels, les réseaux mis en place entre les différents acteurs de ces secteurs offrent des services à la fois de gestion, de communication et de documentation.

Ainsi, dans le domaine de l'assurance, un service dit à valeur ajoutée comme ASSURNET Belgique peut offrir aux compagnies d'assurance, de

(13) P. Mathelot, *op. cit.*, p. 111.

(14) *Idem*, p. 108 et 109 ; M. Pouillet, *op. cit.*, p. 172-173.

(15) Certaines bases de données bilantaires offrent de calculer automatiquement un certain nombre de ratios comptables.

(16) Sur ce caractère mixte des conventions de télébanking et de leur contenu, lire Y. Pouillet et B. Amory, *Les conventions de télébanking entre banques et entreprise*, Colloque C.O.B., Bruxelles, 9 et 10 mars 1987, Travaux du C.R.I.D., *Story Scientia*, 1988.

même qu'aux courtiers, à la fois un service de courrier électronique permettant la souscription de polices d'assurance à distance et l'envoi de messages, mais également un service de télétraitement, calculant automatiquement les primes dues et, enfin, un service d'accès à un certain nombre d'informations propres aux domaines des assurances (identification des différents courtiers membres des réseaux, liste de prix, etc.).

L'exemple donné est loin d'être isolé, dans le cadre de nombreux accords de coopération, sur lesquels nous aurons l'occasion de revenir (*cf. infra*), les acteurs d'un secteur, voire de secteurs complémentaires, se regroupent pour mettre sur pied des services de transferts électroniques de données (T.E.D.), assurant les diverses fonctions que nous avons distinguées. L'exemple de ODETTE est remarquable : il s'agit dans le cadre d'un réseau unique de mettre ensemble des constructeurs automobiles, des fournisseurs de pièces détachées, des garagistes concessionnaires, des transporteurs, voire des banques, autant d'acteurs impliqués dans la réalisation des opérations de vente de véhicules ou de leur réparation.

Section II : La notion et la qualification des contrats télématiques

I. — Des différents types de contrats télématiques

15. — L'analyse des différents services télématiques permet une première classification des contrats suivant leur objet : on parlera de contrats de télétraitement, de contrats d'accès à des bases de données et de contrats de courrier électronique.

16. — Une deuxième classification porte sur le rôle du service télématique dans la formation ou l'exécution du contrat. Ainsi, nous distinguons :

- les contrats conclus par la téléinformatique mais exécutés en dehors du système. Ainsi, par exemple, les services dits de téléshopping ;
- les contrats conclus et exécutés par la téléinformatique, ainsi, les services de télétransaction (réservation de voyages à distance, etc.). Ce sont les contrats où la dématérialisation est la plus poussée puisque ni leur conclusion ni leur exécution ne sortent du système ;
- enfin, bien souvent, en particulier dans les services télématiques professionnels, la mise à disposition d'un service télématique s'opère dans le cadre d'une convention cadre dont les opérations ponctuelles apparaissent comme un mode de réalisation, en même temps qu'elles peuvent être des conventions en elles-mêmes. Ainsi, dans le cadre d'une convention de télébanking, réglant de façon générale le partage des risques entre la banque et

le client, les tarifs et modalités d'utilisation du service, chaque virement électronique est un acte juridique en lui-même (17).

II. — De la qualification des opérations, objet de ces contrats, au regard du droit européen

17. — Notre propos ne concerne pas, dans un premier temps, la qualification des contrats en eux-mêmes : s'agit-il de contrats d'entreprise, de location, de vente ou de conventions *sui generis* ? (18) mais bien celle des flux qui sont l'objet de ces contrats. Au regard du droit européen, il est utile de savoir si la circulation de données qui est l'objet de ces contrats doit être appréhendée comme une marchandise ou un service (19), les dispositions du traité de Rome étant différentes selon que le flux transnational concerne un service (art. 59 et s.) (20).

Certains auteurs (21) s'interrogent sur la nature juridique de la notion de donnée ou d'information pour résoudre la question. S'agit-il d'un bien ou d'un service ? Il nous paraît que le point de départ d'une telle réflexion est peu adéquat. L'opération télématique vise soit la mise à disposition par des techniques de téléinformatique d'un produit informationnel préconstitué (22) (ainsi pour les bases de données informationnelles et pour les opérations de télétraitement permettant l'utilisation à distance d'un software), soit un moyen de transport, de stockage, voire de diffusion de l'information, utilisant des techniques de téléinformatique, tel le courrier électronique...

(17) Y. Pouillet, X. Thunis, *Introduction aux aspects juridiques de la télématique*, in *La Télématique, Aspects techniques, juridiques et sociopolitiques*, Story Scientia, 1984, T. I, p. 147 et suiv., Actes du colloque de Namur, Gent.

(18) A cet égard, les réflexions faites par Mlle S. Schaff, *La télématique professionnelle*, op. cit., p. 75 et s.

(19) La définition négative de la notion de services donnée par l'article 60 du traité de Rome est intéressante à relever : « Au sens du présent traité, sont considérées comme services, les prestations fournies normalement contre rémunération dans la mesure où elles ne sont pas régies par les dispositions relatives à la libre circulation des marchandises, des capitaux et des personnes. »

(20) Le titre III montrera les conséquences importantes de cette distinction.

(21) Ainsi P. Leclercq, *Essai sur le statut juridique des informations*, in *Les flux transfrontières de données*, La Documentation Française 1982 ; J. Huet, *Introduction à la recherche juridique du statut juridique des informations*, in *La Télématique*, Actes du colloque de Namur, Gent, Story Scientia, 1984, T. II, p. 5 et s. ; Hésitant, M. Vivant, *Les flux transfrontières de données au regard du droit européen*, R.D.A.I., 1986, n° 8, p. 810.

(22) Sur cette notion de produit informationnel et les conséquences sur la qualification des contrats en droit interne, Y. Pouillet, X. Thunis, *Introduction aux aspects juridiques de la télématique*, in *La Télématique*, op. cit., T. I, p. 150 et s. « La notion de produit informationnel met l'accent sur les caractéristiques marchandes de l'information et se réfère à une réalité plus

18. — Il faut donc distinguer, selon nous, l'opération de constitution d'un produit, d'un bien informationnel, la base de données ou le software qui pourraient être des « marchandises » au sens du traité de Rome (23) et l'opération de mise à disposition qui constitue la spécificité de l'opération télématique. En ce qui concerne l'opération de mise à disposition, une telle activité doit être considérée comme un « service ». La jurisprudence communautaire s'est prononcée nettement en ce sens à propos des services audiovisuels et de télédistribution. On notera qu'à chaque fois, la notion de service a été retenue pour qualifier la diffusion en elle-même et non le produit diffusé (24).

Ainsi, dans ses conclusions relatives à l'affaire *Sacchi*, l'avocat général Reischl estime que l'argument selon lequel le transfert d'information implique une fourniture d'énergie électrique, c'est-à-dire une marchandise doit être rejeté, car « il ne s'agit pas d'énergie électrique mais de la diffusion des messages pour laquelle l'énergie électrique n'est que le moyen technique » (25).

Pour paraphraser l'arrêt *Debauve* (26) pris en matière de télédistribution, « il n'y a aucune raison de réserver un traitement différent à la transmission de messages » par voie de télécommunication. Dès lors, la mise à disposition d'informations par

télécommunication constitue bien, au sens du traité de Rome, un service (27).

La référence à la même jurisprudence communautaire relative à la télédistribution conduit à une précision supplémentaire : si la transmission entre l'émetteur originaire et l'utilisateur final emprunte différentes techniques de télécommunication, par exemple la diffusion par ondes, la retransmission par satellites, les réseaux câblés et les réseaux téléphoniques, et fait intervenir de multiples opérateurs au sens du traité de Rome, l'ensemble de la transmission constitue un seul service (28).

Il suffit dès lors qu'un des éléments de la transmission se trouve situé dans un autre pays de la communauté pour que l'article 59 et la disposition relative à la libéralisation des services s'applique. Il ne peut être question d'apprécier l'applicabilité des règles du traité de Rome au regard de chaque élément de la chaîne et, par exemple, de conclure à l'absence d'élément transnational, parce que l'opérateur final et l'utilisateur se situent dans le même pays (29).

19. — Le choix de la qualification de services pour la mise à disposition de produits informationnels de préférence à celle de marchandises peut avoir des incidences sur les droits de propriété intellectuelle de l'auteur de ce produit informationnel (30) à la régler à la distribution, comme l'a montré excellemment le professeur Michel Vivant (31) en se fondant sur les leçons de l'arrêt *Coditel*.

20. — Prenons le cas d'un titulaire de droit de propriété intellectuelle qui, dans le cadre de services télématiques, met l'objet de son droit, à disposition d'utilisateurs par le biais de distributeurs

large (que les notions de base de donnée ou information). Le produit informationnel et le lieu où s'opère le passage de la donnée (indication à l'état brut) à l'information (donnée porteuse de sens) : l'ensemble des données constituant le fonds documentaire est soumis à différentes méthodes de tri, de traitement, de mise à jour, ce qui donnera naissance à des informations (résultat) susceptibles d'être réintégrées comme données par le client.

Certaines qualités de produit informationnel peuvent ajouter à la valeur des informations qui en naissent, ainsi l'exhaustivité et la fréquence de mise à jour d'une bibliographie accroissent la qualité de l'information-résultat.

(23) Un logiciel et une banque de données ne se conçoivent pas sans un certain support corporel (la disquette, l'espace mémoire d'un ordinateur central, etc.), support corporel qui serait la caractéristique même distinctive de la notion de marchandise par rapport à celle de service. Sur ce point, cf. M. Vivant, art. cit. p. 812 : « A vrai dire, il ressort pourtant de l'esprit même du traité et de l'abondante jurisprudence à laquelle ont donné lieu ces articles 30 et s. que les "marchandises" sont identifiables (et toujours identifiées) à des biens corporels. » A noter l'attendu de l'arrêt *Musik-Vertrieb c./Gema* du 20 janvier 1981, Aff. 55 et 75/80, Rec. 1981, 197 à propos de disque : « que les supports de son, même s'ils incorporent des œuvres musicales protégées sont des produits auxquels s'applique le régime de libre circulation des marchandises... ».

(24) Sur la jurisprudence communautaire à cet égard, cf. Livre vert, sur l'établissement du Marché commun de la radiodiffusion notamment par satellite et câble, Communication de la Commission au Conseil, COM (84) 300 final, p. 105 et s.

(25) C.J.C.E., *Sacchi*, 30-4-1974, Aff. 155/73, Rec., 1974, 441. En l'occurrence, il s'agissait de la transmission de messages publicitaires télévisés.

(26) En effet, le principe de l'arrêt *Sacchi* est appliqué par la Cour à la télédistribution, dans l'affaire *Debauve* (C.J.C.E., 18-3-1980, Aff. 52/79, Rec. 1980, p. 833).

(27) Dans le même sens, C. de Marion Gaja, J. Hatert, *Télématique et libre circulation en droit communautaire*. Travail réalisé à l'IRETJ, juin 1984 ; M. Vivant, *Informatique et propriété intellectuelle*, J.C.P. 1985-I-14382 ; M. Vivant, in *Lamy, droit de l'informatique*, 1988, n° 2148 et l'exposé de J.C. Moitinho de Almeida, exposé présenté au colloque CELIM, flux de données et droit communautaire.

(28) A cet égard, la discussion de l'arrêt *Debauve* et de l'arrêt *Coditel* (C.J.C.E., 18-3-1980, Aff. 62/79, Rec. 1980, p. 881) in Livre vert, op. cit. 110 et s.

(29) Sur ce point, C. Dutrelepon, *Les arrêts Coditel face au droit interne et au droit européen*, J.T. 1984, p. 597.

(30) Sur les conditions de protection par le droit d'auteur, des produits informationnels, en particulier, des banques de données, S. Denis, Y. Pouillet, X. Thunis, *Les banques de données, Aspects juridiques, Cahiers du CRID n° 2, Story Scientia*, Bruxelles, 1988 ; B. Hugenholtz, *Copyright and Databases Trying to square the circle*, Actes du colloque de l'ABDI, Bruxelles, 9, 10 décembre 1987, Travaux du CRID, *Story Scientia*, Bruxelles, 1988, à paraître.

On notera que le Livre vert (« On copyright and the challenge of technology », COM (88) 172 final, Bruxelles, 7 juin 1988) s'interroge (p. 216) sur l'opportunité d'une protection *sui generis* pour les banques de données.

(31) A ce propos, M. Vivant, *Lamy droit de l'informatique*, 1988, n° 2142 et s.

exclusifs nationaux. En l'occurrence, il peut s'agir par exemple de l'auteur d'un programme offrant des services de télégestion, soit de l'auteur d'une banque de données.

Admettons que divers accords de distribution exclusive lient cet auteur à des serveurs nationaux, opérant à des conditions tarifaires différentes, voire offrant des facilités d'utilisation différentes (par exemple, downloading permis dans tel pays, amélioration des menus d'interrogation par tel serveur, etc.).

Un utilisateur conscient de ces différences peut-il, sans tenir compte des accords pris par le titulaire des droits, contracter avec un serveur non concessionnaire du droit de commercialisation dans la région où se trouve ce téléutilisateur ? Si on estime que ce contrat porte sur une marchandise, il est clair que cette restriction aux flux transfrontières de données sera interdite et que la théorie de l'épuisement des droits (32) empêchera le titulaire originaire des droits de propriété intellectuelle (33) de s'opposer au contrat en cause.

21. — Dans le cas où la mise à disposition est considérée comme un service, l'arrêt *Coditel* déjà cité (34) autorisait par contre un concessionnaire national à s'opposer à la télédistribution dans son pays d'une émission à partir d'un autre pays au motif suivant.

« Si l'article 59 du traité interdit les restrictions à la libre prestation de services, il ne vise pas par-là les limites à l'exercice de certaines activités économiques qui proviennent de l'application des législations nationales sur la protection de la propriété intellectuelle, sauf si une telle application constitue un moyen de discrimination arbitraire ou une restriction déguisée dans les relations entre États membres. Tel serait le cas si cette application permettait aux parties à une cession d'un droit d'auteur de créer des barrières artificielles aux relations économiques entre États membres. »

(32) La théorie de l'« épuisement des droits » repose sur l'idée que le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle dispose de privilèges légitimes et, tout particulièrement de celui de pouvoir seul mettre sur le marché le bien breveté ou marqué, mais qu'il ne saurait, à partir de là, prétendre à plus que ne lui offre la loi et notamment à contrôler la commercialisation ultérieure du bien mis en circulation » (M. Vivant, *op. cit.*, n° 2143). Sur cette théorie et son application en matière de banques de données, S. Denis, Y. Pouillet, X. Thunis, *Les banques de données, Aspects juridiques, Cahiers du CRID* n° 2, Story Scientia, Bruxelles, 1988.

(33) *Quid* de litiges de concessionnaires entre eux ? La même théorie s'appliquera-t-elle ? Oui, si on considère que chaque concessionnaire n'ayant qu'un droit dérivé ne peut se prévaloir de droits dans des cas où le titulaire originaire se voit imposer des limites à ses prérogatives.

(34) *Coditel & S.A. Cinevog*, Aff. 62/79, 18 mars 1980, *Rec.* 1980, 881.

Pour paraphraser notre collègue, Michel Vivant, on peut se demander si dans notre hypothèse, l'exception non utilisée par la Cour dans l'affaire *Coditel*, pour des raisons spécifiques, ne serait pas d'office appliquée. Il est clair que la volonté européenne de créer, grâce notamment aux télécommunications, un marché informationnel unique et concurrentiel, volonté répétée à de nombreuses reprises (35), se heurterait en effet à la possibilité intellectuelle de cloisonner l'offre de services télématiques et de créer ainsi des barrières artificielles aux relations économiques entre États membres. Nous reviendrons sur ce point lors de notre analyse au titre II des accords verticaux entre opérateurs.

22. — Pour revenir à la question de la qualification des contrats, nous risquerons les brèves réflexions suivantes : la banque de données et le logiciel forment des produits préconstitués, susceptibles d'être à disposition d'une pluralité d'utilisateurs par le biais de réseaux de télécommunications. On note que des mêmes produits peuvent faire l'objet d'une mise à disposition par d'autres voies, ainsi remise d'un support informatique, d'un C.D. Rom, etc. La distinction des supports de transmission corporels dans ce second cas, incorporels dans le premier, doit-elle induire une différence de qualification des contrats. Nous ne le pensons pas.

23. — Ainsi, le contrat d'accès à une base de données ou le contrat de télétraitement permettant à distance l'utilisation de software ou de capacité d'ordinateur peuvent à notre avis être qualifiés de *contrat de location*, c'est-à-dire de mise à disposition temporaire d'un produit ayant des qualités définies (par exemple, une banque de données est caractérisée en tant que telle par des caractéristiques telles que : fréquence de mise à jour, exhaustivité, langage de commande, etc.).

Certes, dans la plupart de nos législations, la location impliquait délivrance de la chose louée, c'est-à-dire la mise en possession exclusive mais cet élément est-il réellement essentiel au contrat de location ou a-t-il simplement été dégagé alors qu'on n'imaginait pas que l'utilisation d'un bien peut être faite à distance et par plusieurs personnes simultanément ? Nous estimons que la qualification de contrat de location comme utilisation précaire d'un bien préconstitué doit être retenu et que les utilisateurs doivent pouvoir bénéficier des conséquences légales de cette qualification : obligations d'entretien et de réparation à charge du bailleur, garantie des vices cachés, etc.

(35) Programme de travail pour la création d'un Marché commun de l'Information COM (85) 658 pris en exécution du Livre blanc sur l'achèvement du marché intérieur, Communication de la Commission au Conseil, COM (85) 310, 14 juin 1985.

Cette qualification du contrat n'interdit pas de considérer que l'opération de mise à disposition qualifiée de location est un « service » au regard du GATT ou du traité de Rome. Un transfert d'informations n'est pas un transfert de marchandises puisque l'information n'est pas en tant que telle un bien mais s'opère dans le cadre d'un service d'accès à un produit.

Section III : Les caractéristiques de ces services

24. — Trois caractéristiques retiendront notre attention. Elles ont des conséquences importantes sur les structures contractuelles mises en place pour la réalisation des services et sur certaines des clauses les plus importantes de ces contrats.

La première concerne la multiplicité des acteurs intervenant dans la réalisation d'une opération télématique. A cette multiplicité d'acteurs, s'ajoute la dualité de ces acteurs, entreprises privées, d'une part, entreprises publiques, d'autre part.

La deuxième a trait aux caractéristiques de l'opération elle-même. La dématérialisation, le caractère instantané international et interactif de l'opération rendent difficiles notamment la localisation des incidents et dès lors l'imputation des responsabilités, ces mêmes caractéristiques suscitent certaines craintes des utilisateurs et amènent dès lors des réponses conjointes de la part des acteurs.

La troisième s'explique par la technologie même, support de la réalisation des opérations. Le dialogue entre équipements informatiques, nécessite leur compatibilité, en même temps qu'une normalisation non seulement des réseaux mais des messages.

I. — La structure de l'offre

25. — La mise sur pied, la communication et la réalisation d'un service télématique nécessitent l'intervention de nombreux acteurs de statuts divers.

A. — De nombreux acteurs...

26. — Le cas le plus manifeste est certes celui des services informationnels. Lors d'une étude récente (36) nous proposons le schéma suivant (reproduit ci après) cherchant à identifier la qualité des entreprises participant à quatre des fonctions principales entourant la mise sur pied et la diffusion

des banques de données, à savoir la production, la mise à disposition technique, le transport et l'utilisation d'une base de données.

L'analyse de la cinquième fonction, à savoir celle de commercialisation de la base de données, laissait entrevoir que différents montages contractuels pouvaient encadrer la réalisation de ces fonctions. Ainsi, la commercialisation peut être le fait directement du producteur mais, bien souvent, elle s'opère par le serveur, c'est-à-dire par celui qui met techniquement la banque de données à disposition des utilisateurs.

27. — La même diversité d'acteurs se rencontre dans le Transfert électronique de fonds. A l'intervention de la banque du donneur d'ordre et à celle du bénéficiaire, s'ajoutent souvent celle d'une entreprise, chargée d'assurer techniquement la transmission du message (par exemple, SWIFT) et celle d'une chambre de compensation, etc.

28. — La multiplicité de ces acteurs suggère différentes réflexions :

— les premières ont trait aux *systèmes de distribution* des produits offerts. On peut trouver aux différents stades des accords de concession exclusive, des ententes ou pratiques relatives au prix, à la qualité des produits etc., on peut craindre l'existence de monopole de fait ou de droit. Bref, les articles 85 et 86 du Traité de Rome trouveront à s'appliquer. Les droits de propriété intellectuelle peuvent renforcer ce pouvoir d'un acteur et trouver écho dans le contrat ;

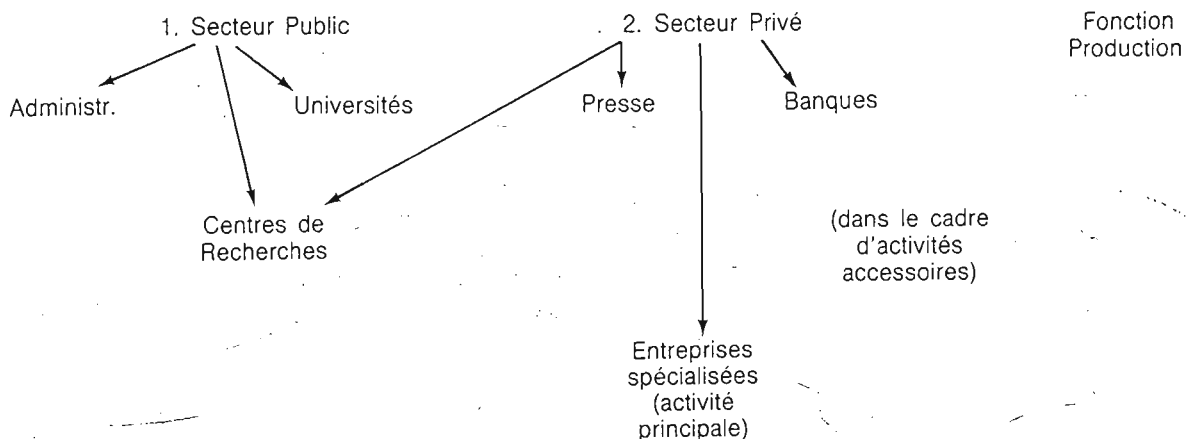
— les secondes envisagent la localisation d'acteurs bien souvent situés sur des territoires différents, étant donné le caractère international de ces services. Les pratiques contractuelles peuvent avoir pour objet ou pour effet de cloisonner le marché. L'article 59 du Traité de Rome invite à quelques considérations à ce propos. Ici, également, les attributs du droit de propriété intellectuelle sont à envisager puisqu'ils peuvent être un moyen supplémentaire de cloisonnement du marché. Cette question a déjà été abordée (*supra*, nos 19 à 21) ;

— les troisièmes ont pour point de départ, la difficulté pour l'utilisateur face à ces acteurs hétéroclites de pouvoir facilement identifier le responsable lors d'une mauvaise réalisation du service. Diverses initiatives de la Communauté en matière de protection des utilisateurs sont rappelées à cet égard.

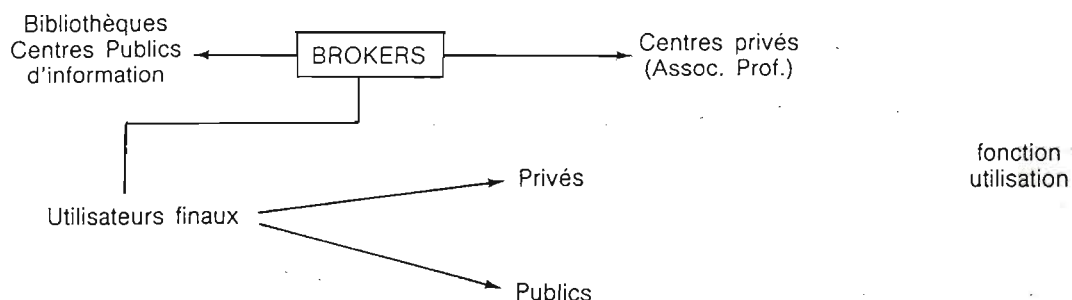
B. — De statut public ou privé

29. — La coexistence des opérateurs publics et privés est un fait et on peut affirmer que de plus en plus, le secteur public accomplit des fonctions en concurrence avec le secteur privé alors que dans le même temps, le secteur privé reprend à son compte certaines fonctions autrefois monopolisées par le secteur public.

(36) Y. Poullet, *Le marché de l'information - Aspects contractuels - Les clauses de confidentialité*. C.C.I. Colloque de Paris, 11-12 décembre 1986, à paraître ; A Bensoussan, *Droit de l'Informatique et de la Télématique*, Berger-Levrault, Paris, 1985, Étude n° 4, n° 0004-0012.



1. Entreprises du secteur informatique	2. Secteur public (Administration Centrale vidéotex)	3. Entreprises privées dans le cadre d'activités accessoires	fonction mise à disposition technique
1. Réseau non spécialisé (ex. réseau téléphonique)	2. Réseau spécialisé (Ex. Euronet-Diane)	3. Réseau privé (Ex. Tymnet)	fonction transport



Deux exemples suffisent à établir cette assertion : la communication de bases de données par le secteur public (par exemple, une base de données statistiques, les horaires de chemin de fer) (37) et l'offre de services à valeur ajoutée de transport de l'information par des sociétés privées telles SWIFT et TYMNET (38).

L'intervention des pouvoirs publics dans l'offre de services télématiques nécessite l'analyse des

(37) Cf. en outre les services de courrier électronique que le secteur public pourrait offrir dans le cadre d'une politique de meilleur service de l'Administration aux administrés (envoi de déclaration fiscale).

(38) On ajoutera bien évidemment la démonopolisation et la privatisation des réseaux téléphoniques, en cours dans certains pays de la communauté.

conditions et limites de cette intervention monopolistique ou non. Les articles 86 sur les limites des activités du secteur public et 90 du Traité de Rome sur les limites des activités du secteur public sont analysés dans cette perspective.

II. — Les caractéristiques de l'opération

30. — L'introduction de la section décrivait comme suit les caractéristiques de l'opération télématique : elle a souvent, en raison d'un des composants ou d'un acteur, un caractère international ; elle ne se concrétise pas dans la remise d'un support matériel ; elle suppose un dialogue interactif et une exécution instantanée aux conséquences difficilement contrôlables tant chez le serveur que chez l'utilisateur.

Ces caractéristiques justifient un certain nombre de craintes tant chez l'utilisateur que chez le ser-

veur. Ainsi l'utilisateur d'un tel service peut avoir quelques difficultés de localiser l'incident et dès lors d'imputer, et ce plus encore dans un contexte international, la responsabilité à l'un des multiples acteurs intervenant dans la réalisation de l'opération (cf. point I). Simple utilisateur à titre privé voire entrepreneur, il souhaitera que des systèmes de responsabilité sans faute et de partage des risques soient mis en œuvre, notamment avec l'appui de la Communauté.

31. — La dématérialisation et la fugacité de l'opération justifient également les craintes de l'utilisateur de ne pouvoir démontrer la mauvaise exécution du service, ou la contrariété du contenu du service aux réglementations (par exemple en matière de publicité).

Sans contrôle sur l'utilisation des données d'interrogation résultant de sa propre utilisation du service, il peut craindre que des atteintes à la confidentialité du dialogue ne lui soient préjudiciables vis-à-vis de compétiteurs ou de décideurs.

La même absence de contrôle cette fois du serveur sur l'utilisation du service par l'utilisateur peut faire craindre au premier des agissements malhonnêtes du client ; ainsi, le client peut vider une base de données ou utiliser l'accès à un service de télétraitement pour le compte de tiers.

32. — La protection réalisée dans le cadre de contrats individuels peut s'avérer insuffisante. Des réglementations dites de « hard law » s'avèrent parfois nécessaires mais, lorsqu'elles sont nationales, risquent de constituer une restriction aux flux transfrontières, contraire à la création d'un marché commun. On songe dès maintenant en particulier aux cahiers des charges imposés par la loi aux serveurs qui offrent des services dans le cadre des expériences télématiques grand public.

Mais c'est surtout les réglementations de soft law établies par les milieux professionnels eux-mêmes que l'on vise. Des associations sectorielles parfois intersectorielles, nationales ou internationales, visent à prévenir les craintes tant des utilisateurs que des « offreurs » par la définition de « Codes of Conduct », « Codes of Practice » ou « règles déontologiques ». A titre d'exemple, on cite les recommandations faites par l'American Libraries Association en matière de confidentialité, les Codes of Practice établis par EUSIDIC en matière de « Downloading » ou de « Electronic Mail », le Codice di Comportamento de l'ANFOV italien et le « Code of Conduct » établi par la « Videotex Industries Association » dans le cadre de l'expérience Prestel. Récemment, la C.C.I. a émis un projet de « Règles de conduite uniformes pour l'échange de données commerciales par télétransmission » (UNCID) (39).

Ces codes de conduite, auxquels les contrats se réfèrent, prétendent fixer des normes de comportement, des règles de l'art et deviennent ainsi des standards professionnels, condition de la participation à un groupement professionnel. Dans quelle mesure, ne réalisent-ils pas des ententes au sens de l'article 85 ?

III. — L'équipement et les contraintes de son utilisation

33. — La nécessité d'une compatibilité entre les équipements du serveur et de l'utilisateur justifie que celui-ci, public (40) ou privé, dicte le choix d'un équipement ou plus simplement du ou des logiciel(s) permettant de réaliser le dialogue, objet même du service interactif. Cette première constatation justifie que l'on s'interroge sur le problème des offres liées et de leur compatibilité avec les principes du droit européen.

Mais le dialogue permis par le service interactif est rarement un dialogue à deux, c'est-à-dire celui du serveur et de ses utilisateurs et ce, pour différentes raisons. Premièrement, le service peut avoir pour objet de permettre un dialogue plus large, que ce soit à l'ensemble du grand public, que ce soit à un groupe fermé bien identifié. Ainsi, relève de la première catégorie, les services de courrier électronique Vidéotex, de la deuxième catégorie, les services offerts par SWIFT à ses coopérateurs ou ceux proposés par une S.S.I. à l'ensemble de filiales ou succursales d'une entreprise donnée (service de consultation de comptes, de gestion de stocks, de courrier électronique, etc.). Deuxièmement, le service offert par une entreprise à ces clients peut s'intégrer dans celui offert en amont par un tiers au sein d'un groupe d'entreprises. Il est clair que le service de virement électronique offert par une banque à ses clients ne se conçoit pas sans possibilité d'interaction automatique avec les services électroniques interbancaires tels que ceux offerts par SWIFT ou par la chambre de compensation nationale.

Cette nécessité de dialogue à voix multiples oblige à une normalisation tant des équipements connectés aux réseaux (par exemple, choix de

(39) Il s'agit des Uniform Rules of Conduct for Interchange of Trade Data by Teletransmission (U.N.C.I.D.), adoptées le 22 septembre 1987. Le lecteur trouvera un commentaire de ces règles par E. Bergstein in *The Computer Law and Security Report*, 3, n° 3, pp. 4-8.

(40) Ainsi, les normes du vidéotex « grand public » ont fait l'objet de choix nationaux. On note d'ailleurs les problèmes posés par la diversité des normes retenues (Prestel au Royaume-Uni, Prestel Plus en Allemagne, Teletel en France).

G

logiciels de base communs) que, surtout, de la structure des messages, de telle sorte que ceci soit rendu compréhensible à chaque membre du réseau. C'est la question de la normalisation administrative.

Le développement des services télématiques nécessite cette double normalisation. Si la normalisation technique est en soi un sujet qui ne peut être abordé dans la présente étude, il apparaît difficile de ne pas évoquer le problème que pose la normalisation administrative (41) généralement le fait d'associations ou groupements privés. Dans la mesure où elle touche des questions importantes comme celles de la sécurité et de la confidentialité des messages, elle rejoint la question déjà entrevue à propos des « Codes of Practice » : ne s'agit-

il pas d'ententes ayant pour objet ou effet de restreindre la concurrence ?

(à suivre)

Yves POULLET,

*Professeur à la Faculté de Droit de Namur,
Directeur du Centre de Recherches Informatique
et Droit des Facultés de Namur.*

(41) Sur la notion de « normalisation administrative », lire C. Monville, *La normalisation technique en matière de télécommunication et le raccordement au réseau, Droit et Informatique*, 1987, p. 96 et s.